

PROCESSO Nº 430302022-0

REQUERENTES: -----

CONSULTA

VOTO

1. Do conhecimento

Tratando preliminarmente da cognoscibilidade, entendo que a consulta merece ser conhecida porque formulada em caráter geral, impessoal e em tese, além de tratar de matéria afeta à advocacia e, portanto, à competência deste Tribunal de Ética e Disciplina.

Reza o art. 71, inciso II, do Código de Ética e Disciplina da OAB:

CED-OAB – Art. 71. Compete aos Tribunais de Ética e Disciplina:

II – responder a consultas formuladas, em tese, sobre matéria ético-disciplinar;

O Regimento Interno deste TED estabelece em seu art. 4º, inciso III, que:

RI-TED-OAB/CE – Art. 4º. O Tribunal de Ética e Disciplina tem por objetivo: III - orientar e aconselhar sobre ética profissional, respondendo às consultas em tese, bem assim mediar e conciliar nas questões que envolvam dúvidas e pendências entre advogados, partilha de honorários contratados em conjunto ou mediante substabelecimento ou decorrente de sucumbência e controvérsias surgidas quando da dissolução de sociedade de advogados.

Conforme já pontuado no relatório, a presente consulta foi protocolada no mês de novembro/2022. Portanto, não tem como referência acontecimentos específicos, tais como aqueles do dia 8 de janeiro de 2023.

A consulta aborda todo um contexto histórico composto por encadeamento de fatos que, na ocasião de sua propositura, redundavam em movimentos que invocavam expressamente “intervenção militar”. Portanto, a consulta não trata de um fato específico, mas, limitando-se a considerar a hipótese de advogados e advogadas manifestarem publicamente a defesa, a invocação ou a adesão a medidas de ruptura da ordem constitucional (leia-se: golpe de estado), indaga se tais condutas teriam consequências ético-disciplinares.

A consulta em mesa, nos termos em que formulada, não leva ao prejulgamento de casos específicos, de modo que não vejo a incidência, na espécie, da ressalva do parágrafo único, do art. 4º, do nosso Regimento Interno. Para tanto, basta verificar que não há como se especificar o caso nem o advogado ou a advogada a respeito do qual se estaria proferindo prejulgamento. Não há especificação de nenhuma espécie.

Por outro lado, qualquer consulta há de ter como hipótese uma situação fática plausível, capaz de ser protagonizada por profissional da advocacia. Não se formulam consultas cogitando de situações impossíveis de acontecer. Toda consulta, embora em tese, resulta de uma motivação, de um interesse legítimo de postular da OAB seu posicionamento. A ratio do parágrafo único do art. 4º, do Regimento Interno deste Tribunal de Ética e Disciplina, não é absolutamente restringir a relevante função consagrada no inciso III do mesmo artigo, mas tão somente coibir possível supressão do devido processo legal.

É o que se infere de inúmeras consultas admitidas e conhecidas pelos TED de todo o Brasil, conforme se colaciona:

“CONSULTA - POSSIBILIDADE DE ANUNCIAR/DISPONIBILIZAR NOME DE ADVOGADO NO SÍTIO ELETRÔNICO OLX - CONSULTA ADMITIDA - CONDOTA VEDADA. (i) Admite-se consulta quando se tratar de situação hipotética e não se verificar interesse de obtenção de prejulgamento para caso específico. Inteligência do art. 45 do RITED/OAB/ES; (ii) É irregular (e, portanto, conduta vedada) a disponibilização de nome, número de inscrição, área de atuação, titulação acadêmica e contato no sítio eletrônico OLX; (...)” (TEDOAB/ES - PROCESSO Nº 139722019)¹

“Nesse sentido, resta evidenciado no caso sub examine que a consulta foi formulada em tese, não havendo circunstâncias que indiquem interesse em prejulgamento para casos específicos, de modo que admito a presente consulta e passo a respondê-la.

Consoante se depreende dos autos, busca a consulente parecer acerca da possibilidade de servidor público municipal da Secretaria Municipal da Fazenda, (Diretor do Núcleo de Atendimento ao Contribuinte), (...)” (TED-OAB/ES – PROCESSO N.º 54452021)²

¹ <https://www.migalhas.com.br/quentes/314788/advogados-nao-podem-anunciar-servicos-em-sites-de vendas-como-olx>

² <https://www.oabes.org.br/arquivos/01.PDF>

Em outra hipótese, motivado pelo cenário atípico instalado em razão da pandemia COVID-19, advogado formulou consulta ao TED-OAB/RO indagando se “considerando a atual situação que vivenciamos, de distanciamento social e isolamento restritivo, gerada devido à pandemia do novo corona vírus (COVID19)... é admissível aos advogados(as), o uso de “LIVES” (vídeos ao vivo) em redes sociais e semelhantes, como Instagram, Facebook, Youtube, etc., para emitir recomendações à sociedade, tirar dúvidas sobre questões jurídicas, fazer comentários sobre as medidas implementadas pelos Governos Federal e local, e ainda, como meio de publicidade na Advocacia?”. Sua consulta foi admitida e conhecida:

“Portanto, conheço da consulta para respondê-la, tendo em vista tratar-se de reflexão sobre situação hipotética e não se verificar, ao menos de princípio, interesse de obtenção de prejulgamento para caso específico (CED, art. 71, inciso II; RITED-OAB/RO, art. 3º, II c/c art. 6º, III, e art. 52) ficando a resposta, em súmula, que...” (PROCESSO N.º 22.0000.2012.001075-0)³

O Conselho Federal da OAB, por seu Órgão Especial, respondendo à consulta 49.0000.2012.006678-6/OEP deliberou que o dever de informar às autoridades competentes sobre operações financeiras suspeitas, imposto pela Lei da Lavagem de Dinheiro (Lei n.º 9.613/1998) após alterações introduzidas pela Lei n.º 12.683/2012 não se aplica a advogados e sociedades de advogados, por entender que o Estatuto da OAB, que é lei especial, não sofre revogação implícita por lei que trata genericamente de outras profissões⁴.

São apenas alguns dentre infindáveis manifestações em consultas para atestar que sempre versarão sobre hipóteses factíveis, quiçá já ocorrendo no plano real, não perdendo por isso a qualidade da generalidade e abstração, ou seja, de consulta “em tese”, como de resto é o caso em apreciação neste momento.

³ <https://www.oab-ro.org.br/gerenciador/data/uploads/2020/07/VOTO-CONSULTA-N-22.0000.2012.001075-0.pdf>

⁴ LÔBO, Paulo. Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB. 10ª. edição. São Paulo. Saraiva, 2017, p. 65.

Note-se que, independentemente da deliberação que se adote nesta consulta, absolutamente em tese, nenhuma sanção disciplinar poderá dispensar o devido processo, o contraditório e a ampla defesa, com a apuração dos fatos,

dimensionamento da suposta conduta infracional e da responsabilidade individual do advogado ou advogada porventura representada.

Merece também lembrar que as deliberações em consultas não vinculam o Tribunal de Ética e Disciplina nos julgamentos dos processos disciplinares, ex vi o disposto no art. 39, parágrafo único, do Regimento Interno deste TED, que assim reza:

RI-TED-OAB/CE – Art. 39, parágrafo único. As Consultas serão feitas em tese e o Tribunal não se vincula às respostas a elas oferecidas, quando do julgamento dos processos disciplinares.

Não há na presente consulta qualquer pedido de definição de infração nem da respectiva sanção. Não existe o mínimo risco de supressão do devido processo legal por meio de prejulgamentos.

Aqui, não se trata de prejudicar casos específicos, mas de estabelecer posicionamento, em tese, do conteúdo deontológico do compromisso prestado pelo profissional da advocacia, à luz da norma fundamental insculpida na Constituição Federal.

Registre-se que, no âmbito deste TED-OAB/CE não tramita qualquer representação disciplinar relacionada a este tema. Portanto, não existe evidente interesse de prejulgamento de qualquer caso específico. A ressalva do parágrafo único, do art. 4º, do nosso Regimento Interno, portanto, NÃO INCIDE para obstar o conhecimento desta consulta.

Por fim, cito recente precedente em consulta submetida ao Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/PE⁵, esta sim, embora em tese, motivada especialmente pelos acontecimentos do último 8 de janeiro, em que aquele TED se posicionou pelo conhecimento da demanda, consignando:

⁵ CONSULTA Nº 17.0000.2023.000453-7 – TED-OAB/PE– Rel. Cons. Gustavo Henrique de Brito Alves Freire.

“Com efeito, sobre a matéria, tenho que versa sobre a reverberação ética do objeto da dúvida indagada, que se prende à admissibilidade (ou não) da participação de qualquer inscrito na OAB em atos ou manifestações, inclusive, virtuais, que atinjam fundamentos do Estado de Direito tais como a soberania do voto e a independência e a harmonia entre os Poderes, a presente Consulta, e não sobre temática alienígena ao espectro de atuação do TED.

Logo, sendo como é a presente Consulta vocacionada a tema deontológico, revelase nessa extensão perfeitamente cognoscível.

(...)

É que a presente Consulta, enquanto ferramenta de acionamento da máquina administrativa da Seccional, retirando-a da sua inércia natural, aborda não um caso concreto, mas dúvida cuja interpretação haverá de interessar não somente à advocacia e à comunidade jurídica de Pernambuco, como poderá servir de referencial para o País, a título colaborativo e de cooperação.”

Ressalte-se: a consulta em mesa não versa sobre os acontecimentos do dia 8 de janeiro, não trata de evento específico, assim como não se confunde com a provocação do Conselho Seccional da Bahia ao Conselho Federal, para que este edite súmula declaratória estabelecendo a inidoneidade moral de advogados e advogadas que, no dizer do expediente em referência, “participem, incitem ou apoiem movimentos antidemocráticos e golpistas”⁶.

Demonstrada assim a admissibilidade, por se tratar de consulta em tese, passemos a verificar a pertinência da matéria com a competência deste Tribunal de Ética e Disciplina.

Vislumbramos que a matéria é afeta à advocacia, porquanto sua atividade fim é a defesa da ordem jurídica e, de conseguinte, para além de qualquer outra categoria profissional, as manifestações públicas de advogados e advogadas assumem especial relevância na Sociedade, dado o seu compromisso intangível para com a Constituição e as Leis.

⁶ Protocolo n.º 05.0000.2023.000002-2.

A Constituição Federal de 1988 reza em seu art. 133, que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. A única categoria profissional inserta no texto constitucional assume especialíssima relação com essa mesma Ordem Constitucional.

A esse respeito, leciona Paulo Lôbo⁷:

“O princípio da indispensabilidade não foi posto na Constituição como favor corporativo aos advogados ou para reserva de mercado profissional. Sua ratio é de evidente ordem pública e de relevante interesse social, como instrumento de garantia de efetivação da cidadania. É garantia da parte e não do profissional.”

(...)

“A advocacia, sobretudo quando ministrada em caráter privado, é exercida segundo uma função social intrínseca. A função social é a sua mais importante e dignificante característica. O interesse particular do cliente ou o da remuneração e o prestígio do advogado não podem sacrificar os interesses sociais e coletivos e o bem comum. A função social é o valor finalístico de seu mister. Como enuncia a lei alemã da advocacia, de 1952, “a atividade do advogado, acima do estrito interesse do cliente, tem de projetar-se sobre o amplo espaço da comunidade’.”

(negrito nosso)

O Estatuto da Advocacia e da OAB enfatiza em seu art. 2º caput e §1º, verbis:

Lei 8.906/1994 – Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.
§ 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.

E no seu art. 44, inciso I, referindo-se à OAB, enquanto instituição de status constitucional, assim estabelece a Lei n.º 8.904/1990:

⁷ Ob. cit., p. 37-38.

Lei n.º 8.904/1990 – Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade: I - defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas;

O Código de Ética e Disciplina da OAB dispõe textualmente em seu art. 2º, caput:

CED-OAB – Art. 2º O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos e garantias fundamentais, da cidadania, da moralidade, da Justiça e da paz social, cumprindo-lhe exercer o seu ministério em consonância com a sua elevada função pública e com os valores que lhe são inerentes. (negrito nosso)

O Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia da OAB também estabelece em seu art. 20, estabelece o compromisso do advogado, segundo o qual é seu dever “defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado Democrático, os direitos humanos, a justiça social, a boa aplicação das leis, a rápida administração da justiça e o aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas”.

É seguro concluir que o tema é afeto ao exercício da advocacia, interessa a advogados e advogadas, não existindo qualquer razão para que os autores da consulta não recebam deste TED o posicionamento quanto às questões postas.

O art. 85, §2º, do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB, assim determina:

Regulamento Geral – Art. 85, §2º O relator pode propor ao Presidente do Órgão Especial o arquivamento da consulta, quando não se revestir de caráter geral ou não tiver pertinência com as finalidades da OAB, ou o seu encaminhamento ao Conselho Seccional, quando a matéria for de interesse local.

Depreende-se assim, a contrario sensu, que preenchidos os requisitos, com destaque para a pertinência da matéria, é dever do relator dar processamento à consulta e dever do TED oferecer a resposta às questões submetidas.

Demonstrada assim a presença dos pressupostos de forma e de conteúdo para a admissibilidade e conhecimento da consulta, é necessário que também demonstremos a premência dessa deliberação.

Quando da convocação desta Sessão, vimos alguns de nossos pares argumentarem que a consulta não deveria ser conhecida em razão da gravidade do momento político institucional. É justamente o oposto o que ocorre: o agravamento das circunstâncias exige o pronunciamento rápido, firme e preciso desta Casa.

Segundo RUDOLF VON IHERING⁸, “o fim do Direito é a paz; o meio de atingi-lo, a luta”. O Estado democrático de Direito é uma conquista. Sua defesa exige ação permanente, alerta máximo aos sinais (estamos rodeados de muitos sinais há bastante tempo) que significam qualquer laivo de desafio às instituições democráticas.

A Ordem dos Advogados do Brasil é instituição sentinela da democracia, de modo que seu posicionamento neste momento é fundamental, como elo de uma cadeia de reação aos reiterados e despudorados atos praticados ao longo dos últimos anos, que compõem um lastimável enredo de desapareço e ameaça de ruptura da ordem constitucional e que projetaram o estado atual das coisas.

Constatamos, não sem lamento, que contramarcha, o compasso de espera e a leniência apregoados alimentam-se na simpatia pelo fenômeno disruptivo; somente a identificação com tais atos explicam a tolerância, a minimização e a sugestão de silêncio deste TED sobre o relevante tema.

Mas o silêncio sobre esta consulta em tese, sob qualquer argumento, seria um grito denunciando injustificada conivência, conluio ou acovardamento. Seria, em qualquer hipótese, motivo de tristeza e profunda vergonha.

⁸ IHERING, Rudolf von. A luta pelo direito. Tradução Ivo de Paula. São Paulo. Ed. Pillares. 2009.

O TED-OAB de Pernambuco na recente consulta já acima mencionada⁹, enfatizou em idêntico sentido, verbis:

“A OAB não deve, pois, nem há de silenciar diante de ataque, venha de quem vier, contra os seus fins institucionais, os objetivos da República Federativa do País, os direitos humanos e os princípios basilares da Constituição no que se refere à democracia. Esta, a democracia, é um valor filosófico inegociável e assim deve perdurar, pelo bem de todos. O silêncio dos bons, não fosse assim, aí ganharia, nesse instante, rosto, e isso não se pode admitir. Seria o obituário da Ordem.”

A Advocacia tem, ínsita ao seu exercício, a missão de defender o Estado Democrático de Direito e todos os valores a ele inerentes. Portanto é nosso dever institucional nos manifestar sobre o tema posto na consulta.

Transportemo-nos do plano jurídico-positivo para a dimensão histórica, que nos proporciona insuperáveis exemplos que contribuíram para a consolidação da vocação institucional da Advocacia e da OAB, por meio do compromisso intransigente com a defesa da liberdade, com o combate ao arbítrio e com os direitos humanos e com o princípio universal da Democracia.

Evocamos o paradigma de SOBRAL PINTO, O SENHOR JUSTIÇA. Católico conservador e, portanto, divergindo abissalmente da ideologia comunista professada por Harry Berger, Sobral o defendeu da violência do Estado de exceção dos anos 1930, quando nenhum outro defensor se habilitava. Invocou em defesa de seu constituinte a lei de proteção aos animais para enfatizar que a vedação da crueldade contra os bichos deveria prevalecer com maior razão, contra a pessoa humana.

Adversário de Juscelino Kubitschek, defendeu o direito de o PSD escolher seu candidato e depois, o direito de o candidato eleito tomar posse e governar, combatendo com veemência os golpistas daquela ocasião. Os correligionários udenistas se afastaram. Recusou a indicação ao Supremo Tribunal Federal. Manteve sua integridade. Não

⁹ CONSULTA Nº 17.0000.2023.000453-7 – TED-OAB/PE– Rel. Cons. Gustavo Henrique de Brito Alves Freire.

transigiu na defesa do Estado Democrático de Direito. Fez da sua vida testemunho real do seu discurso: “A ADVOCACIA NÃO É PROFISSÃO DE COVARDES”.

Lembramos o legado de RAYMUNDO FAORO, presidente do nosso Conselho Federal, que abraçou com coragem ímpar o protagonismo das tratativas pela abertura política e restabelecimento da ordem jurídica constitucional de há muito fulminada de morte pela ditadura civil-militar. Na ausência de um Ministério Público independente durante o regime autoritário, a OAB despontou, sob o comando de Faoro, como instituição legítima e representativa em meio ao regime de exceção, para expressar a voz da Sociedade pela restauração da Ordem Democrática¹⁰.

Por fim, é preciso lembrar que a OAB foi literalmente vítima da ação criminosa dos sicários do regime autoritário, quando a Secretária da Presidência Lyda Monteiro da Silva foi assassinada por terroristas de extrema direita, que colocaram uma bomba na sede do Conselho Federal. Em memória de Lyda Monteiro foi consagrado o dia 27 de agosto como Dia Nacional de Luto da Advocacia Brasileira, iniciativa do advogado Hélio Leitão, quando presidindo a Comissão Nacional dos Direitos Humanos.

Essas notas, que transcendem o aspecto estritamente jurídico positivo, ressaltam que esta Casa não pode se omitir quando chamada a se posicionar a respeito de importante questão envolvendo o Estado Democrático de Direito. Aqui estamos de passagem, mas o precioso legado da OAB à cidadania brasileira há de permanecer por meio de uma atuação intrépida e precisa.

Segundo pontua GUSTAVO ZAGREBELSKY¹¹:

“Na política, a mansidão, para não parecer imbecilidade, deve ser uma virtude recíproca. Se assim não for, a certa altura, ‘antes do fim’, é preciso quebrar o silêncio e agir para não tolerar mais.”

Não conhecer desta consulta, apresentada à OAB/CE ainda em novembro/2022,

¹⁰ Conferir em RAYMUNDO FAORO – Diálogo pela democracia <https://www.youtube.com/watch?v=gfgb4knxJXQ> – 18/12/2022

¹¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. A crucificação e a democracia. Tradução Mônica de Sanctis Viana. 1ª edição. São Paulo. 2011, p. 152.

seria fugir à missão institucional pela qual nos incumbimos de responder.

Passo ao mérito.

2. Do mérito

A consulta é apresentada em forma de quesitos (ver pág. 11) intrinsecamente ligados entre si, a partir da descrição de um contexto sociopolítico marcado por reiteradas afrontas ao Estado Democrático de Direito que culminaria com a concentração de grupos de pessoas

diante dos quartéis pedindo “intervenção militar” como forma de correção de supostos vícios no pleito eleitoral de outubro.

O relato aponta para uma sucessão de fatos que se sucedem encadeados numa escalada de desrespeito às instituições do Estado constitucional, dentre outros, por meio de ataques permanentes e reiterados à imagem dos Tribunais Superiores e dos seus integrantes, da construção prévia de suspeita e desconfiança sobre o processo eleitoral, transformando a urna eletrônica em tema militar, estimulando a recusa dos resultados e a defesa de ruptura da ordem constitucional.

Tudo isso permaneceu num crescendo até os acontecimentos do 8 de janeiro, revelando-se, portanto, graves em sua origem e inaceitáveis no seu propósito.

2.1. Do Estado Democrático de Direito e da atuação do(a) advogado(a) em meio à “nebulosa fascista”¹²

A ordem jurídica constitucional funda a República Federativa do Brasil no inerente Estado Democrático de Direito, segundo se infere do art. 1º, caput, da Constituição Federal de 1988, que elege como fundamentos, dentre outros, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político.

¹² Esse termo é de UMBERTO ECO em trabalho que será adiante referido quando da citação.

Trata-se, no dizer de CANOTILHO¹³, dos princípios estruturantes do regime político, a definir que a República Federativa do Brasil ao se criar e organizar como Estado de Direito, é, antes, ESTADO DEMOCRÁTICO.

Segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA¹⁴:

“A configuração do Estado democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leve em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supere na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo. E aí se entremostra a extrema importância do art. 1º, da Constituição de 1988, quando afirma que a

República Federativa do Brasil se constitui em Estado democrático de Direito, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois a Constituição aí já o está proclamando e fundando.”

A fundação do Estado pela Constituição não se exaure quando promulgada. É permanente a força estruturante, que mantém cogentes os princípios e valores inarredáveis da democracia liberal, quais sejam: a soberania popular e o exercício do poder por meio de representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único, e art. 14, CF), o funcionamento de instituições mediadoras dos conflitos (art. 2º, CF) e, simultaneamente, a persecução dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro (art. 3º, CF) as garantias fundamentais, dentre as quais se destacam as liberdades individuais (art. 5º, CF) e os direitos sociais (art. 6º, CF).

Ao aludir a democracia liberal, referimo-nos ao amálgama dos valores inegociáveis da DEMOCRACIA e do LIBERALISMO, tal como ensina YASCHA MOUNK¹⁵, para garantir que os cidadãos possam participar dignamente da vida pública e livremente desfrutar da sua vida privada.

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6ª edição revista. Coimbra. Almedina, 1993, p. 172.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. Revista de Direito Administrativo – jul/set.1988, v. 173, p. 15-34.

¹⁵ MOUNK, Yascha. O povo contra a democracia – por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. Companhia das Letras. São Paulo, 2019, p. 160.

Essa é a pedra angular do Estado brasileiro, assentada na norma fundamental da Constituição legitimamente promulgada pelo Poder Constituinte eleito com essa incumbência.

Conhecemos os argumentos por meio dos quais se pretende atribuir um “superprestígio” ao princípio-garantia da liberdade, para tentar inserir no campo da licitude as manifestações que pedem “intervenção militar” para solucionar supostas questões de competência absoluta das instituições civis, atinentes à realização das eleições e diplomação dos eleitos, pela Justiça Eleitoral, e empossamento dos novos governantes, pelo Congresso Nacional.

O ordenamento jurídico prevê os procedimentos voltados ao questionamento do processo eleitoral. Regras de competência, ritos pré-estabelecidos, enfim, devido processo legal. Instrumentos processuais de conhecimento amplo e de consolidada utilização ao longo de décadas previstos na legislação eleitoral, com destaque para a

impugnação a registro de candidatura, as representações por captação ilícita de sufrágio e por abuso do poder político e do poder econômico até a ação constitucional de impugnação de mandato eletivo.

Embora as liberdades de opinião, de expressão e de manifestação sejam corolário do princípio democrático, carecem de ser exercidas dentro de um contexto em que não vilipendiam o princípio democrático, sobre o qual se estrutura o Estado brasileiro, conforme acima já suficientemente demonstrado.

Segundo EDMUNDO BURKE, citado por TODOROV¹⁶, “numa sociedade particular, a liberdade não é o único valor digno de ser defendido; entra em interação com forças diversas e em concorrência com outras exigências”. Uma das exigências a limitar o exercício das liberdades é o seu conteúdo.

Ainda, segundo TODOROV, “uma das principais ameaças que pairam sobre a democracia não provém de uma expansão desmesurada da coletividade; reside, antes, num reforço

¹⁶ TODOROV, Tzevetan. Os inimigos íntimos da democracia – Trad. Pedro Elói Duarte. Lisboa. Edições 70, 2012, p. 113.

sem precedentes de certos indivíduos, que colocam assim em perigo o bem-estar de toda a sociedade”¹⁷.

Não existe sociedade humana possível sem que se lhe apliquem interdições, especialmente limitações ao exercício dos direitos, por mais prestigiados que sejam esses direitos. Não se concebe, por puro vício de argumentação, que a liberdade constitucionalmente assegurada ultrapasse o limite de atacar a própria Constituição; não se admite, por questão de incompatibilidade lógica, que se invoque a tolerância dos demais, para pregar a intolerância. Portanto, a liberdade de expressão não ampara o extremo de defender e invocar publicamente a ruptura do Estado democrático de Direito.

Conforme leciona NORBERTO BOBIO¹⁸, o que distingue um sistema democrático dos sistemas não democráticos é um conjunto de regras do jogo:

“E o que é a democracia se não um conjunto de regras (as chamadas regras do jogo) para a solução dos conflitos sem derramamento de sangue? E em que consiste o bom governo democrático se não, acima de tudo, no rigoroso respeito a estas regras? Pessoalmente, não tenho dúvidas sobre a resposta a estas questões. E exatamente porque não tenho dúvidas, posso concluir tranquilamente que a democracia é o governo das leis por excelência. No momento mesmo em que um regime democrático perde de vista este seu princípio inspirador, degenera rapidamente em seu contrário, numa das tantas formas de governo autocrático de que estão repletas as narrações dos historiadores e as reflexões dos escritores políticos.”

O ordenamento jurídico brasileiro estabelece as regras do jogo. O desrespeito a essas regras caracteriza rompimento com a ordem constitucional. Em outras palavras: é lícito participar de movimentos que reivindicam “intervenção militar” em assuntos de

¹⁷ Ob. cit., p. 93.

¹⁸ BOBIO, Norberto. O futuro da democracia – uma defesa das regras do jogo. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 18ª. Edição. Rio de Janeiro. Ed. Paz e Terra. 2022, p. 265.

competência constitucionalmente reservada às instituições civis? Ou seja, que pedem e defendem a ruptura da ordem constitucional, leia-se “golpe de estado”?

Entendemos que não é lícito. Entendemos que qualquer cidadão que assim se porta, comete ilegalidade.

Também conhecemos o argumento que busca embasar a tal “intervenção militar” no art. 142, da Constituição Federal. As Forças Armadas têm papel definido na ordem constitucional e sua atuação excepcional prevista nesse dispositivo constitucional é sob a autoridade do Poder Civil constituído. Qualquer outra forma de interferência é inadmissível à luz da Constituição Federal.

Hipóteses desse naipe são as chamadas ditaduras constitucionais defendidas por Carl Schmitt, cuja obra foi amplamente utilizada para justificar os plenos poderes do Estado nazista. Para o teórico alemão, um estado de exceção seria legítimo para buscar salvar o Estado, para salvaguardar a própria ordem constitucional. PAULO BONAVIDES¹⁹ rechaça veementemente tal entendimento:

“Com efeito, a Constituição não precisa de afirmar que a ditadura constitucional é criação inaceitável, é antinormatividade incrustada no ordenamento, é quinta-

essência do arbítrio, é poder matriculado no absolutismo encoberto, a que se afizeram, por derradeiro, os genocidas das Cartas Magnas, os deflagradores de crises, os perpetuadores de golpes de Estado, os usufrutuários dos quadros e das quadras de exceção – enfim, toda aquela casta de liberticidas já identificados, os quais, no sumo, na essência, na substância, fazem a ditadura constitucional significar a inconstitucionalidade entronizada nas instituições.”

No Brasil, afirma ALFRED STEPAN²⁰, é longa e contínua a tradição das Forças Armadas fazerem política, inclusive partidária. Segmentos militares invocam a suposta necessidade de garantia da lei e da ordem para tentar legitimar suas intervenções e seu mandonismo

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 24ª edição. Malheiros. São Paulo, 2009, p. 586.

²⁰ STEPAN, Alfred. Os militares na política. Tradução Ítalo Tronca. Ed. Artenova, Rio de Janeiro, 1973. ²¹ Conferir em “É preciso desmilitarizar a república” – in <https://ramaral.org/2022/12/08/e-precisodesmilitarizar-a-republica/> - 08/12/2022

nas instituições. Nos últimos anos, construiu-se a ideia de um suposto “inimigo interno”, a falsa ideia de uma “guerra cultural”.

A história republicana brasileira é o lamentável desfile de interferências militares: duas Cartas outorgadas (1937 e 1967), duas longevas ditaduras (de 1930-1945, com breve suspiro constitucional de 1934-1937, e a de 1964-1985), depois dos levantes das fortalezas de Santa Cruz e Laje em 1892, a revolta da armada contra o presidente Floriano em 1893; após a “ditadura da espada” de 1891-1894, seguida pelo massacre dos camponeses de Canudos em 1896-1897, pelo “exército pacificador de Caxias” e pelo massacre dos marinheiros na Revolta da Chibata em 1910, pela Marinha; três levantes militares (1922, 1924 e 1935); a insurreição paulista de 1932 e o putsch integralista de 1938; o golpe militar de 1945 que derrubou o Estado Novo que outro golpe militar havia implantado em 1937; o golpe de 1954 que deu fim a Getúlio Vargas; a tentativa de golpe para impedir a posse de Juscelino Kubitschek em 1955; o golpe militar para garantir a posse dos eleitos de 11 de novembro de 1955, sob a liderança do Marechal Lott; os motins da aeronáutica contra o governo JK (Jacareacanga em 1956 e Aragarças em 1959); a tentativa de golpe para impedir a posse de João Goulart em 1961²¹.

Segundo FRANCISCO CARLOS TEIXEIRA DA SILVA²¹, indivíduos das Forças Armadas brasileiras insistem em arvorar para si a ideia espúria de “tutela da República”,

como se tivessem herdado o poder moderador do imperador deposto, insistindo num suposto e totalmente desfundamentado poder de intervenção na vida pública brasileira.

O regime democrático não deve permanecer constantemente ameaçado de sucumbir às intervenções castrenses, que acozzam a supremacia constitucional e a soberania popular.

JOÃO QUARTIM DE MORAES, no ensaio “Nem ordem nem progresso”²², referindo-se ao regime implantado em 1964, adverte:

²¹ SILVA, Francisco Carlos Teixeira da. Socioleto militarista-autoritário. In Comentários a um delírio militarista. Org. Manuel Domingos Neto. 1ª edição. Gabinete de Leitura. Fortaleza, 2022, p.48.

²² MORAES, João Quartim de. Nem ordem nem progresso. In Comentários a um delírio militarista. Org. Manuel Domingos Neto. 1ª edição. Gabinete de Leitura. Fortaleza, 2022, p.100.

“Mas é justamente em momentos críticos que se põe a questão de fundo: quem tomará decisões em última instância? Ela foi formulada com lúcida crueza pelo grande constitucionalista antiliberal Carl Schmitt (em “Politische Theologie”, obra publicada em 1922): ‘soberano é quem decide sobre a exceção’ Entendamos: é quem resolve na prática, quaisquer que sejam os meios, os impasses institucionais. No nazismo, ao qual Schmitt aderiu em 1934, o Führer personificava a exceção, como no fascismo o Duce. No Brasil, a instância soberana era o Alto-comando das Forças Armadas, que tinha usurpado o domínio da complexa máquina do Estado.”

Entretanto, a Constituição Federal de 1988 estabelece as hipóteses, as instituições e os ritos para a solução de eventuais impasses. A soberania é do povo, assegurada na supremacia da ordem jurídico-constitucional, vedando, portanto, que se cogite em de intervenção militar a servir de apanágio a golpe de estado, qualquer que seja a denominação eufemística que se lhe dê.

Há que se repelir o continuado projeto de golpe militar alimentado nos últimos tempos e que se materializou de forma contínua e progressiva desde o final do segundo turno das eleições.

O constitucionalista italiano GUSTAVO ZAGREBELSKY, ex-juiz da Corte Constitucional da Itália, defende uma democracia crítica em contraponto a tendências de simplificação da atuação das instituições e às concepções acríticas que levam a

concepções unitárias, totais e totalitárias do povo, contribuindo assim para o autoritarismo. Segundo ele, a democracia crítica requer “tempo para decidir e tempo para durar”, pois onde não há tempo há emotividade, instabilidade, influência e manipulação. Em seu importante livro *A crucificação e a democracia*, ZAGREBELSKY lança a seguinte reflexão:

“A multidão que gritava crucifique-o! era exatamente o contrário do que a democracia crítica pressupõe: tinha pressa, era atomística, mas totalitária, não tinha instituições nem procedimentos, era instável, emotiva e, portanto, extremista e manipulável... Uma multidão terrivelmente parecida com ‘o povo’ ao qual a

‘democracia’ poderia confiar seu destino no futuro próximo. Ela condenava ‘democraticamente’ Jesus e assim acabava por reforçar o dogma do Sinédrio e o poder de Pilatos. Poderíamos agora voltar para Hans Kelsen e a sua interpretação de Pilatos como amigo da democracia na condenação e na morte de Jesus, como aquele que operava pelo mero poder.

A essa visão repugnante da democracia, que a põe nas mãos de grupos de especuladores sem escrúpulos, até de quadrilhas de criminosos ambiciosos – como já aconteceu no século passado, entre as duas grandes guerras (...), dá vontade de responder contrapondo ao mero poder a força de uma verdade: o fanatismo do Sinédrio.”²³

Qualquer semelhança com a turba que brada diante de quartéis por uma intervenção militar não é mera coincidência, mas um exemplo atualizado do populacho parecido com povo e do exercício acrítico e distorcido da liberdade de manifestação que já não condiz com a democracia.

Assim, concluímos que as normas que regem a conduta dos Advogados e Advogadas, especialmente as da Lei n.º 8.906/1990, do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB e do Código de Ética e Disciplina da OAB, vinculam esses profissionais à defesa do Estado Democrático de Direito e dos princípios, valores, instituições e procedimentos decorrentes desse princípio estruturante estabelecido no art. 1º, caput, da Constituição Federal.

Propugnar pela solução das crises institucionais por meios diversos daqueles previstos nas regras de competência e procedimentais da Constituição revela-se conduta afrontosa à ordem jurídica assentada no Estado Democrático de Direito.

No tocante a ideias de intolerância étnica, político-ideológica, religiosa e sexual, que bem se assemelham àquelas apregoadas pela doutrina nazifascista e revitalizadas e atualizadas por meio de expressões linguagem gestuais citadas na consulta e protagonizadas inclusive por agentes públicos, é evidente que colide com os fundamentos da ordem

²³ Ob. cit., p. 151.

jurídicoconstitucional brasileira, positivados no art. 1º, incisos III e V, da Constituição Federal.

Os princípios da dignidade da pessoa humana e do pluralismo político exigem a observância de um pacto civilizatório preñado de historicidade. Uma sociedade organizada politicamente há apenas 500 anos, considerando o estabelecimento dos primeiros europeus na Terra Brasilis, fundou-se no genocídio dos povos originários e, na sequência, manteve seu sistema econômico primário-exportador amparado na mão de obra do escravo negro. No Brasil de dimensões continentais e com mais de duzentos milhões de habitantes não se pode cogitar de democracia sem considerar o mosaico étnico, social e cultural que o compõe e sem reconhecer a grave desigualdade econômica que o aflige.

Invocamos as lições de ALLAIN TOURAINE²⁴. Para o autor, é necessário se estabelecer uma cultura democrática a partir do reconhecimento do outro, na admissão da existência de conflitos de valores e da pluralidade de interesses.

Numa democracia é não apenas salutar, mas indispensável, a convivência de matizes políticos diversos. É o que estabelece o contundente princípio do pluralismo político (art. 1º, inciso V, CF).

O Estado democrático assegura a atuação livre de uma oposição que disponha de meios equitativos para disputar e vencer as eleições, num ambiente em que o adversário não pode jamais ser visto como inimigo capital a quem se agoura a eliminação. O compromisso com a democracia impõe aos partidos políticos e candidatos o respeito à vitória do adversário, sem prejuízo do acesso aos

instrumentos institucionais do contraditório para, de forma legítima e responsável, arguir eventuais vícios do processo eleitoral.

A democracia é o instrumento político de salvaguarda da diversidade, a possibilitar a coexistência dos diferentes, numa mesma unidade social. Incompatível com a ideia de

²⁴ TOURAINE, Allain. O que é a democracia? – Trad. Fernando Tomaz. Lisboa. Instituto Piaget, 1994.

democracia é a “política integrista”, que visa a alijar o outro dos processos sociais e políticos.

Citando textualmente ALLAIN TOURAINE:

“A democracia é o lugar do diálogo e da comunicação, e a política do reconhecimento torna possível e organiza essa recomposição do mundo que deve hoje aproximar o que foi separado... (p. 269) ...para permitir que cada um de nós viva a mais larga parte possível da experiência humana” (p. 277)²⁵.

Comungando esses valores, o Constituinte estabeleceu como fundamentos do Estado brasileiro, a dignidade da pessoa humana (inciso III) e o pluralismo político (inciso V) no art. 1º, da Constituição Federal, que delimitam objetiva e claramente a proteção à diversidade caracterizadora da sociedade plural.

A intolerância ao adversário político é mais uma faceta que se agravou nos últimos tempos, por meio da demonização de pessoas, ideias e ações, contrariando o princípio do pluralismo político e, de conseguinte, desafiando o princípio democrático.

Mais uma vez nos valem das lições de TODOROV:

“Os bárbaros são os que consideram que os outros, por serem diferentes, pertencem a uma humanidade inferior e merecem ser tratados com desprezo ou condescendência. Ser civilizado não significa ter feito estudos superiores ou ter lido muitos livros, logo, possuir um grande saber: sabemos bem que isso não impediu atos perfeitamente bárbaros. Ser civilizado significa ser capaz de reconhecer plenamente a humanidade dos outros, mesmo quando têm rostos e

costumes diferentes dos nossos; significa também saber pormo-nos no lugar deles para nos vermos a nós próprios de fora.”²⁶

²⁵ Ob. cit., p. 269 e 277.

²⁶ Ob. cit., p. 192.

É seguro dizer que o Estado brasileiro fundado na Constituição de 1988 é totalmente refratário a qualquer ideário integrista que remete aos regimes autoritários, especialmente os totalitários que grassaram na Europa do século XX.

Para UMBERTO ECO²⁷, a questão de alta relevância e extrema sutileza, porquanto:

“O termo “fascismo” adapta-se a tudo porque é possível eliminar de um regime fascista um ou mais aspectos, e ele continuará sempre a ser reconhecido como fascista. Tirem do fascismo o imperialismo e teremos Franco ou Salazar; tirem o colonialismo e teremos o fascismo balcânico. Acrescentem ao fascismo italiano um anticapitalismo radical (que nunca fascinou Mussolini) e teremos Ezra Pound. Acrescentem o culto da mitologia céltica e o misticismo do Graal (completamente estranho ao fascismo oficial) e teremos um dos mais respeitados gurus fascistas, Julios Evola.

A despeito dessa confusão, considero possível indicar uma lista de características típicas daquilo que eu gostaria de chamar de “Ur-Fascismo”, ou “fascismo eterno”. Tais características não podem ser reunidas em um sistema; muitas se contradizem entre si e são típicas de outras formas de despotismo ou fanatismo. Mas é suficiente que uma delas se apresente para fazer com que se forme uma nebulosa fascista.

E conclui:

“O Ur-Fascismo ainda está ao nosso redor, às vezes em trajes civis. Seria muito confortável para nós se alguém surgisse na boca de cena do mundo para dizer: ‘Quero reabrir Auschwitz, quero que os camisas-negras desfilem outra vez pelas praças italianas!’. Ai de mim, a vida não é fácil assim! O Ur-Fascismo pode voltar sob as vestes mais inocentes. Nosso dever é desmascará-lo e apontar o indicador para cada uma de suas novas formas — a cada dia, em cada lugar do mundo.”

²⁷ ECO, Umberto. O fascismo eterno. Trad. Eliana Aguiar. 5ª edição. Rio de Janeiro. Ed. Record, 2019, p.4243 e 60-61.

Ouve-se com frequência o argumento de que o fascismo italiano e o nazismo alemão seriam desvios históricos distantes e destituídos de influência. Poder-se-ia acoimar essas citações de dissociadas da realidade brasileira e que a aludida invocação à intervenção militar não teria relação com os regimes totalitários nazifascistas do século XX. HANNAH ARENDT²⁸ já havia constatado que, após a Segunda Guerra, as potencialidades do totalitarismo tendiam a se tornar um risco permanente.

É necessário considerar os fatos históricos para compreender os meios de solução das crises do passado e assegurar que as crises atuais sejam enfrentadas e resolvidas pelas instituições e não pela força.

Favorecido pela instabilidade da democracia alemã após a Primeira Guerra, Hitler chegou legalmente à Chancelaria do Reich e expandiu e consolidou seus poderes sem que ninguém acreditasse ou prevenisse o que aconteceria, depois que os instrumentos de emergência previstos na própria Constituição fossem utilizados para o retrocesso constitucional e o autoritarismo²⁹. É absolutamente necessário permanecer alerta.

Portanto, concluímos que, dentre os fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro, merecem prestígio e destaque o da dignidade da pessoa humana e do pluralismo político, previstos no art. 1º, incisos III e V, da Constituição Federal, que repelem ideias e ações que apregoem a intolerância, o autoritarismo e totalitarismos de quaisquer matizes, seja de direita ou de esquerda.

2.2. A incidência dos preceitos deontológicos e da quebra de compromisso

Em relação à compatibilidade entre o art. 2º, do Código de Ética e Disciplina da OAB e a participação de profissionais da advocacia em movimentos que pedem a ruptura do Estado democrático de Direito tem-se que referido dispositivo assim estabelece, verbis:

CED-OAB – Art. 2º O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos e garantias fundamentais, da cidadania, da moralidade, da Justiça e da paz social, cumprindo-

²⁸ ARENDT, Hannah. Origens do totalitarismo. São Paulo. Companhia das Letras, 1989.

²⁹ PRZERWORSKI, Adam. Crises da democracia. Tradução Berilo Vargas. 1ª edição – 1ª reimpressão. Rio de Janeiro. Zahar, 2020.

lhe exercer o seu ministério em consonância com a sua elevada função pública e com os valores que lhe são inerentes. (negrito nosso)

A Lei n.º 8.906/1990, no seu art. 2º, §1º, estabelece:

Lei 8.906/1994 – Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.

§ 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.

As normas acima transcritas são pura e diretamente o desdobramento dos preceitos constitucionais sobre a Advocacia, ali elevada à condição de função essencial à justiça, ao lado do Ministério Público, consolidando uma nova organização do Poder Público, que incrementa a rede institucional com vistas às contenções e cooperações, modernizando a clássica partição dos poderes estatais e contribuindo para o funcionamento efetivo do Estado democrático de Direito.

No primoroso artigo A função essencial do advogado perante o Estado democrático de direito, a advogada gaúcha TUANY DIAS DALMAS³⁰ sintetiza e bem localiza o papel do advogado no Estado democrático de Direito instaurado no Brasil pela Constituição de 1988:

“O advogado é o profissional responsável pelo conhecimento técnico do objeto de cada ação judicial. Além disso, para que a democracia seja exercida o advogado tem como dever a aplicabilidade da Constituição Federal, para que os direitos e garantias dos indivíduos sejam garantidos por meio dos poderes do estado.

(...)

O advogado, amparado no princípio da legalidade tem como dever prestigiar a ordem do estado democrático de direito, tendo em vista que é o profissional que possui aptidão para combater atos que tornem os direitos e prerrogativas do indivíduo vulneráveis e, principalmente, garantir a democracia aos cidadãos.

³⁰ DALMAS, Tuany Dias. A função essencial do advogado perante o Estado democrático de direito. Julho/2015. <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-138/a-funcao-essencial-do-advogadoperante-o-estado-democratico-de-direito/>

Ademais, salienta-se o intuito única e exclusivamente do profissional advogado em promover a justiça, uma vez que é vedado o patrocínio em ações expressamente proibidas por lei.

(...)

Ao concluirmos o presente artigo é de se afirmar que a democracia está em constante aperfeiçoamento tendo em vista que tem como objetivo superar as desigualdades sociais e efetivar os princípios emanados pela Carta Magna de 1988.

Conclui-se ainda, que é através do Estado democrático de direito que os direitos fundamentais e sociais dos indivíduos são garantidos e, caso ocorra violação, serão efetivados por meio dos advogados que tem como intuito promover a justiça e a paz social.

Finalmente, a função pública do advogado disposta na Constituição Federal repercute no ministério privado do advogado, tendo em vista que as condutas adotadas pelo advogado em encontro aos direitos humanos, à cidadania e à moralidade pública estão sob a guarda do Código de ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil.”

Significa dizer que, ao advogado, com maior responsabilidade do que qualquer outro cidadão, incumbe, para além de simplesmente respeitar, defender o Estado Democrático de Direito.

Movimentos que fazem, por exemplo, a apologia ao regime autoritário iniciado em 1964, a saudação nostálgica ao Ato Institucional n.º 5, a invocação de “intervenção militar em matérias de competência da autoridade civil, encerra incontornável afronta ao Estado Democrático de Direito. Quanto ao AI5, basta lembrar que aboliu o habeas corpus para presos políticos, favorecendo a prática disseminada da tortura. Vindicar a sua volta é o mesmo que fazer apologia aos crimes infamantes perpetrados nos porões de quartéis e prisões em todo o Brasil daquele tempo.

No que concerne a possível quebra de compromisso nos termos em que gravado no art. 20, do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB, por advogados e advogadas que defendam, incitem ou apoiem o desafio, o desacato e/ou a afronta a

preceitos constitucionais e ao Estado democrático de Direito, tem-se que as premissas acima expendidas desaguam no seguinte:

O juramento do advogado é pressuposto formal essencial ao ato de inscrição, como exigência do art. 8º, inciso II, da Lei n.º 8.906/1994, conforme já assentado pelo Conselho Federal da OAB:

CONSULTA N. 49.0000.2018.007242-0/OEP. Assunto: Consulta. Compromisso juramentado. Exigência do art. 8º, VII, do Estatuto da Advocacia e da OAB. Consulente: Jerson Alves de Souza. Relator: Conselheiro Federal Antonio Pimentel Neto (TO). EMENTA N. 025/2020/OEP. Consulta. Interpretação do art. 8º, VII, da Lei n. 8.906/94. Inscrição nos quadros da OAB. Requisitos. Para inscrição como advogado é necessário o atendimento dos requisitos previstos no art. 8º da Lei n. 8.906/94, dentre eles, prestar compromisso perante o Conselho, não podendo ser dispensada tal fase do procedimento de inscrição, sob pena de violação aos princípios da legalidade e da isonomia. Consulta respondida. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em referência, acordam os membros do Órgão Especial do Conselho Pleno do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, observado o quórum exigido no art. 92 do Regulamento Geral, por unanimidade, em responder à consulta, nos termos do voto do Relator. Brasília, 30 de junho de 2020. Luiz Viana Queiroz, Presidente. Antônio Pimentel Neto, Relator. (DEOAB, a. 2, n. 382, 02.07.2020, p. 2). (negrito nosso)

No juramento o advogado assim se compromete, nos exatos termos constantes do art. 20, do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB:

“Prometo exercer a advocacia com dignidade e independência, observar a ética, os deveres e prerrogativas profissionais e defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado Democrático, os direitos humanos, a justiça social, a boa aplicação das leis, a rápida administração da justiça e o aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas.” (negrito nosso)

A norma é expressa e atribui a advogados e advogadas o mister ínsito à relevante função da advocacia de defender o Estado Democrático de Direito.

Portanto, a comprovada e efetiva defesa por Advogados e Advogadas de ruptura da Ordem Constitucional Democrática vigente no Brasil não é compatível com o art. 2º, do Código de Ética e Disciplina da OAB, nem com os termos do art. 20, do Regulamento Geral do Estado da Advocacia e da OAB, configurando, tal conduta, quebra do compromisso ali estabelecido.

2.3. Da incidência de normas penais

Por fim, resta claro, por tudo o que foi aqui exposto, que se subsumem ao que prevê o Código Penal brasileiro no art. 286, parágrafo único, e no art. 359-L, a participação de advogados e advogadas em atos que incitam animosidade entre as Forças Armadas e entre elas e os poderes constitucionais, as instituições civis e a sociedade, assim como ameaçam o Estado democrático de Direito pedindo intervenção militar.

Dispõem as normas penais em referência:

Incitação ao crime

Art. 286 - Incitar, publicamente, a prática de crime:

Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem incita, publicamente, animosidade entre as Forças Armadas, ou delas contra os poderes constitucionais, as instituições civis ou a sociedade.

Abolição violenta do Estado Democrático de Direito

Art. 359-L. Tentar, com emprego de violência ou grave ameaça, abolir o Estado Democrático de Direito, impedindo ou restringindo o exercício dos poderes constitucionais:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, além da pena correspondente à violência.

Referidos dispositivos foram incluídos no Código Penal pela Lei nº 14.197/2021.

A hipótese do art. 286, parágrafo único, configura-se por meio da incitação pública a um número indeterminado de pessoas a animosidade entre as Forças Armadas, entre estas e os poderes estatais, as instituições ou a sociedade.

A ilicitude se configura na medida em que se proponha ampla e publicamente a intervenção das Forças Armadas em assunto reservado às instituições civis, com

competência constitucionalmente definida, como é o caso da Justiça Eleitoral para administrar o processo eleitoral, dirimir os litígios de natureza eleitoral, diplomar os eleitos e, no caso do Congresso Nacional, dar posse aos eleitos.

Não há previsão constitucional para a interferência militar em matéria submetida às autoridades civis e, de conseguinte, a cogitada “intervenção” seria crime contra o Estado democrático de Direito.

O art. 359-L, substituiu os arts. 17 e 18 da antiga Lei de Segurança Nacional, e tem por objeto jurídico tutelado o Estado democrático de Direito. Depreende-se do tipo penal que sua consumação independe da ruptura da ordem democrática, sendo bastante que se tente obstar o normal funcionamento dos poderes e/ou das instituições, por meio do emprego de violência ou grave ameaça.

O crime tem potencial lesivo proporcional à importância do objeto jurídico tutelado, que são as instituições democráticas cuja atuação viabilizam o funcionamento e a permanência do Estado democrático de Direito.

Trata-se questão objetiva de subsunção do fato à norma, a ser averiguado a cada caso concreto. Entretanto, de reconhecer que o Advogado ou a Advogada que vier a incorrer em tais condutas típicas, devidamente comprovada a autoria e na medida da extensão de sua responsabilidade, comporta-se de forma incompatível com o exercício da advocacia.

3. Da conclusão

Ante todo o exposto, voto no sentido de responder à consulta sob exame nos termos seguintes:

O art. 1º, caput, da Constituição Federal, funda o Estado brasileiro como democrático e de direito. A mesma Constituição Federal estabelece a Advocacia como função essencial à Justiça. As normas infraconstitucionais, sob as quais se deve pautar a conduta dos Advogados e Advogadas, constantes da Lei n.º 8.906/1990, no Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB e no Código de Ética e Disciplina da OAB, vinculam esses profissionais à defesa do Estado Democrático de Direito e todos os princípios, valores, instituições e procedimentos decorrentes desse

princípio constitucional estruturante. A defesa de solução das crises institucionais por meios diversos daqueles previstos nas regras de competência e procedimentais da Constituição revela-se afrontosa à ordem jurídica assentada no Estado Democrático de Direito.

Ínsitos ao Princípio Democrático, os fundamentos do Estado brasileiro, dentre eles o da dignidade da pessoa humana e do pluralismo político previstos no art. 1º, incisos III e V, da Constituição Federal, repelem a intolerância, o autoritarismo e ideias totalitárias, seja de direita ou de esquerda. Embora fundamental para a democracia, o postulado da liberdade de expressão e de manifestação não pode ser exercido com violação a outros princípios constitucionais igualmente fundamentais.

Portanto, a comprovada e efetiva defesa de ruptura da Ordem Constitucional Democrática vigente no Brasil por Advogados e Advogadas é incompatível com o art. 2º, do Código de Ética e Disciplina da OAB, e com o compromisso prestado nos termos do art. 20, do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB, configurando, tal conduta, quebra de compromisso. O cometimento de crime contra o Estado Democrático de Direito por Advogados e Advogadas, devidamente comprovado e na medida da responsabilidade do agente, configura conduta incompatível com o exercício da advocacia.

É como voto.

Fortaleza/CE, 19 de janeiro de 2022.

Carlos Eduardo de Lucena Castro
Conselheiro do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/CE